

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'élément moral nécessaire à la condamnation pénale de la personne morale

Colette-Basecqz, Nathalie

Published in:

La responsabilité pénale des personnes morales

Publication date:

2011

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Colette-Basecqz, N 2011, L'élément moral nécessaire à la condamnation pénale de la personne morale. Dans *La responsabilité pénale des personnes morales: questions choisies*. Anthemis, Limal, p. 29-61.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

L'élément moral nécessaire à la condamnation pénale de la personne morale

Nathalie COLETTE-BASECQZ

Chargée de cours à l'Université de Namur

Membre du centre Projucit

Avocate au barreau de Nivelles

1. Notre contribution porte sur l'élément moral nécessaire à la condamnation pénale de la personne morale. Plus précisément, il nous amène à développer, d'une part, l'application à cette dernière des règles de l'imputabilité morale et, d'autre part, l'établissement de la preuve, dans le chef de la personne morale de l'état d'esprit coupable se rapportant à l'infraction reprochée. La responsabilité pénale de la personne morale peut aussi entrer en concours avec celle de la personne physique, ce qui donne lieu à des conséquences spécifiques en termes de condamnation pénale, variant selon que l'infraction a été commise sciemment et volontairement ou par imprudence.

Notre propos nous conduit à remonter aux sources de l'élaboration de la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales¹, de manière à tenter de comprendre comment a été initialement conçu l'élément moral dans le chef de la personne morale. Après avoir rappelé la logique anthropomorphique dont le législateur belge a fait choix ainsi que les conditions de la responsabilité pénale des personnes morales, nous présenterons les causes de non-imputabilité morale applicables à la personne morale. Nous nous intéresserons ensuite aux difficultés que la recherche d'un élément moral propre à la personne morale soulève en rapport avec l'administration de la preuve, avant de commenter les solutions choisies par le législateur dans les situations donnant lieu à un concours de responsabilités entre la personne morale et la personne physique. Enfin, nous traiterons des questions de droit pénal et de procédure pénale liées à la poursuite concomitante de la personne morale et de la personne physique.

¹ M.B., 22 juin 1999. La loi est entrée en vigueur le 2 juillet 1999.

Les nombreuses décisions jurisprudentielles ayant fait application de ce régime depuis sa création il y a douze ans² constituent un outil d'analyse privilégié pour notre étude³.

2. Le siège légal de cette matière réside dans l'article 5 du Code pénal qui est l'une des dispositions les plus sujettes à critiques⁴. La particularité, en l'espèce, vient de ce que les problèmes qu'il suscite ont été dénoncés bien avant l'adoption de la loi. Le caractère obscur et imprécis de la disposition légale, que les travaux préparatoires n'ont pas réussi à lever, et qui n'a pas encore pu être corrigé par une loi réparatrice pourtant tant attendue, a rendu plus ardue la tâche incombant aux cours et tribunaux qui, depuis les douze années d'entrée en vigueur de la loi, ont dû relever le défi d'appréhender, au cas par cas, l'existence de l'élément moral dans le chef de la personne morale⁵.

Faisant partie des dispositions du Livre 1^{er} du Code pénal, le régime de la responsabilité pénale des personnes morales revêt une portée générale et a ainsi vocation à s'appliquer à toutes les infractions, en ce compris à celles incriminées dans les lois et règlements particuliers (notamment dans le domaine social, économique, environnemental, fiscal, etc.). En vertu de l'article 100 du Code

pénal⁶, le législateur particulier a toutefois la faculté de déroger expressément à ce régime⁷.

Section 1

Une logique anthropomorphique

3. La réglementation mise en place par le législateur, lors de l'adoption de la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, a d'ailleurs suscité de graves inquiétudes en doctrine⁸, repose sur une logique anthropomorphique⁹ qu'il convient d'avoir à l'esprit pour appréhender, selon la conception des auteurs de la loi, la recherche de l'élément moral dans le chef de la personne morale.

N'optant pas pour un régime de responsabilité dérivée où la responsabilité pénale de la personne morale ne peut être engagée que par ses orga-

² Après douze années d'application de la loi, le bilan de son application reste mitigé. Voy. A. MASSET, « La responsabilité pénale des personnes morales », *Dr. pén. entr.*, 2011, p. 3.

³ Nous invitons le lecteur à consulter la banque de données de jurisprudence sur le site internet www.projudic.be. Celle-ci a été réalisée dans le prolongement du colloque qui s'est tenu à la Faculté de droit des F.U.N.D.P. de Namur le 6 mai 2004 et qui était consacré à la responsabilité pénale des personnes morales en Belgique.

⁴ A. MASSET, « La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales: une extension du filet pénal modalisée », *J.T.*, 1999, p. 655; A. MISONNE, « La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique: un régime complexe, une mise en œuvre peu aisée », in S. ADAM, N. COLETTE-BASECQZ et M. NIHOUL (ss. la dir. de), *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe. Corporate Criminal Liability in Europe*, Bruxelles, La Charte, Collection Projudit, 2008, p. 66. Dans le projet de loi du 19 février 2007, c'est l'abrogation pure et simple de l'article 5, alinéa 2 du Code pénal qui est proposée (Projet de loi du 19 février 2007 modifiant la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2006-2007, n° 51 2929/001). Vu la dissolution des chambres avant son examen par la commission de la justice de la chambre, ce projet de loi est devenu caduc.

⁵ « Le nouveau cadre légal a dû être interprété par la jurisprudence, car il était incomplet et peu clair. Dans ce double travail de prospection et d'exégèse, les travaux préparatoires ont été de peu d'utilité, l'exposé des motifs étant peu éclairant et les discussions en commission de la justice de la Chambre ou du Sénat ne reflétant que le manque de clarté et de cohérence du régime de responsabilité mis en place. L'imputabilité morale et le concours de responsabilité entre la personne physique et la personne morale sont les deux thèmes qui ont le plus nécessité cet apport jurisprudentiel » (A. MISONNE, « La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique: un régime complexe, une mise en œuvre peu aisée », *op. cit.*, p. 65).

⁶ L'article 100 du Code pénal prévoit qu'« à défaut de dispositions contraires dans les lois et règlements particuliers, les dispositions du premier livre du présent code seront appliquées aux infractions prévues par ces lois et règlements, à l'exception du chapitre VII, et de l'article 85 ».

⁷ Selon Marie-Amélie DELVAUX, l'article 61, § 2 du Code des sociétés, introduit par la loi du 2 août 2002 constitue un exemple de dérogation au régime de droit commun instauré par l'article 5, alinéa 2 du Code pénal. Cette disposition légale établit que le représentant permanent est soumis aux mêmes conditions et encourt les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'il exerçait sa mission en son propre et pour compte propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente. Dans un tel cas, le représentant permanent de la société administrateur d'une autre société reconnu responsable pénalement, alors même qu'il n'aurait pas commis la faute la plus grave. De même le caractère facultatif du cumul de condamnations pénales en cas d'infraction commise sciemment volontairement, ne trouve pas à s'appliquer (M.-A. DELVAUX, « Quelques développements relatifs aux responsabilités civiles et pénales de l'administrateur personne morale d'une S.A., d'une S.P.R.L. ou d'une S.C.R.L. », *Liber Amicorum Michel Caipel*, Bruxelles, Kluwer, pp. 547-548).

⁸ W. CASSIERS, « La responsabilité pénale des personnes morales: une solution en trompe-l'œil? », *dr. pén. crim.*, 1999, pp. 823-859; J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal. Principes généraux: droit pénal positif belge*, Liège, Imprimeries nationales, 1965, pp. 154-158; L. FRANÇOIS, « Implication: delinquere sed non puniri potest », in *Mélanges offerts à Robert Legros*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1985, pp. 189-205; Ch. HENNAU, G. SCHAMPS et J. VERHAEGEN, « Indispensable responsabilité de l'entreprise, inacceptable culpabilité collective. À propos de l'avant-projet de loi belge relative à la responsabilité pénale des personnes morales », *J.T.*, 1998, pp. 561-570; J. MESSINNE, « Propos provocants sur un texte curieux: la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. dr. pén. crim.*, 2000, pp. 637-643.

⁹ D'aucuns soutiennent que, contrairement à ce que le législateur déclara dans les travaux préparatoires de la loi, cette responsabilité des personnes morales ne serait pas en réalité une responsabilité dite mais « une responsabilité dérivée, dégagée de toute idée de faute propre de l'être moral, fonctionnant en quelque sorte à l'instar de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés » (O. CREP, « Propos sur la nature de la responsabilité pénale de la personne morale », *J.T.*, 2011, p. 477).

ou ses représentants¹⁰¹¹, le législateur belge a fait de la personne morale un sujet de droit pénal à part entière, capable de commettre des infractions avec l'état d'esprit coupable requis par la loi et en outre accessible à une sanction pénale¹². Selon le professeur Alain de Nauw, « [l'exigence de l'élément moral] n'est pas artificielle dans le cas d'un être moral. Bien au contraire, elle correspond à la réalité concrète de l'activité collective puisque c'est souvent à ce niveau et non pas à celui d'un ou plusieurs comportements individuels que l'infraction a puisé son énergie fondamentale. Il peut s'agir d'une politique générale de l'entreprise, d'une absence de discipline, d'un manque d'adaptation parfaite entre les différentes conduites, d'un climat de rentabilité et de profits, de l'insouciance ou de l'indifférence à l'égard des valeurs fondamentales, p. ex. la vie, la santé et la sécurité des travailleurs ou l'environnement. »¹³

4. Alors que les auteurs de la loi du 4 mai 1999 ont assimilé la personne morale à la personne physique, ils se sont toutefois bien gardés de préciser les critères permettant de retenir un élément moral répréhensible dans le chef de la personne morale. C'est donc aux cours et tribunaux qu'est revenue la tâche délicate de combler cette lacune. Une abondante jurisprudence s'est développée depuis la mise en œuvre de la loi du 4 mai 1999, parmi laquelle on compte de nombreux arrêts de la Cour de cassation et de la Cour constitutionnelle. Cette jurisprudence est d'un apport considérable dans l'analyse des condi-

tions de la responsabilité pénale de la personne morale. Elle fait aussi apparaître quelques écueils que nous commenterons.

Section 2

Rappel des conditions de la responsabilité pénale des personnes morales

5. Le droit pénal ne connaît pas, à l'inverse du droit civil, de responsabilité objective¹⁴. L'exigence d'un élément moral pour toute infraction (qu'elle soit définie dans le livre II du Code pénal ou dans une loi ou règlement particuliers) a été érigée en principe général du droit pénal par la Cour de cassation¹⁵. Elle s'applique tant pour les personnes physiques que pour les personnes morales¹⁶.

6. Dans le cadre de notre contribution, nous nous limiterons à un rappel succinct des conditions afférentes à l'imputabilité matérielle et morale, avant de nous consacrer, dans les développements qui suivent, à une analyse plus approfondie de l'imputabilité morale de l'infraction à la personne morale et à l'établissement de l'élément moral dans son chef.

7. L'imputabilité matérielle suppose l'existence d'un lien matériel, défini à l'article 5, alinéa 1^{er} du Code pénal, entre l'infraction et la personne morale. Aux termes de cette disposition légale, l'infraction doit être intrinsèquement liée à la réalisation de l'objet de la personne morale ou à la défense de ses intérêts, ou les faits concrets doivent démontrer que l'infraction a été commise pour son compte. Trois hypothèses de lien « intrinsèque » entre l'infraction et la personne morale ont ainsi été visées par le législateur. Bien que l'article 5 du Code pénal ne l'exige pas formellement, l'intervention d'une ou plusieurs personnes physiques (même si elles ne sont pas identifiées) semble être un élément incontournable sans lequel l'imputabilité matérielle de l'infraction à la personne morale serait impossible¹⁷.

¹⁰ Par exemple, le régime mis en place en droit français prévoit une responsabilité dérivée des personnes morales. L'article 121-2, alinéa 1^{er} du Code pénal français rend la personne morale pénalement responsable des infractions commises pour son compte, par ses organes ou représentants. Il n'est donc pas requis d'établir l'existence d'une faute propre à la personne morale. Notons que l'évolution de la jurisprudence française a montré des brèches dans l'exigence d'établir, dans le chef de l'organe ou du représentant, à la fois l'élément matériel et l'élément moral de l'infraction, notamment s'agissant d'infractions d'imprudence. De même, lorsqu'il n'a pu être procédé à l'identification d'un organe ou d'un représentant de la personne morale qui a commis l'infraction, la responsabilité pénale de cette dernière a parfois été reconnue, soit en présumant que l'auteur des faits ne peut être qu'un organe ou un représentant de la société, soit en se référant à une politique commerciale voulue et organisée par la personne morale (voy. A. DE NAUW, « L'évolution jurisprudentielle de la notion de responsabilité pénale dérivée des personnes morales en droit français, vue par un pénaliste belge », *Rev. dr. pén. crim.*, 2011, p.339). En droit pénal luxembourgeois, c'est récemment que la loi du 3 mars 2010 a introduit la responsabilité pénale des personnes morales. Cette responsabilité requiert que l'organe légal de la personne morale ou un ou plusieurs de ses dirigeants de droit ou de fait aient commis un crime ou un délit au nom et dans l'intérêt de la personne morale (J.-L. SCHULTZ, « Les personnes morales désormais pénalement responsables », *J.T.L.*, 2010, p. 157).

¹¹ H. VAN BAVEL, « De rechtspersoon in ons schuldstrafrecht: over het moreel bestanddeel van het misdrijf in hoofdfe van de rechtspersoon », in *Liber Amicorum Lieven Dupont*, Louvain, Universitaire Pers Leuven, 2005, p. 128.

¹² N. COLETTE-BASECQZ, « La responsabilité pénale des personnes morales: une illustration des dérives de l'anthropomorphisme », in *Liber Amicorum Xavier Dijon*, à paraître.

¹³ A. DE NAUW, « Le vouloir propre de la personne morale et l'action civile résultant d'une infraction », *R.C.J.B.*, 1995, p. 247.

¹⁴ N. COLETTE-BASECQZ, « Le rejet des infractions purement matérielles en droit pénal et la consécration d'un élément moral pour toute infraction », obs. sous Cass. lux., 25 février 2010, *J.T.L.*, 2010, p. 184; N. COLETTE-BASECQZ, « Réflexions critiques sur les présomptions de responsabilité en droit pénal », in *Liber Amicorum Jean-Luc Fagnart*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 413.

¹⁵ Cass., 27 septembre 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 1751, *R.C.J.B.*, 2009, p. 203, note F. KUTY.

¹⁶ Cass., 8 avril 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 843. Voy. ég. F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge, L II: l'infraction pénale*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 213; H. VAN BAVEL, « De rechtspersoon in ons schuldstrafrecht: over het moreel bestanddeel van het misdrijf in hoofdfe van de rechtspersoon », *op. cit.*, p. 127; Ch. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht*, 7^e éd., Anvers, Maklu, 2009, p. 315.

¹⁷ A. MISONNE, « Le concours de responsabilités », *op. cit.*, p. 97.

8. Notons tout d'abord qu'il y a lieu d'entendre le terme « intrinsèquement » par opposition à « occasionnellement »¹⁸. Ce n'est donc pas parce qu'une infraction se déroule au sein d'une personne morale que cette dernière doit automatiquement en répondre. En effet, il peut arriver qu'une personne physique, dans son intérêt personnel ou pour son propre compte, ait profité du cadre de la personne morale pour commettre une infraction, sans que celle-ci ne puisse être reliée intrinsèquement à la personne morale¹⁹. Dans ce cas, seule la personne physique peut être tenue pénalement responsable de l'infraction.

9. Le lien intrinsèque doit relier l'infraction à l'objet social, ou encore à la défense des intérêts de la personne morale, ou enfin résulter d'une analyse des faits concrets montrant que l'infraction a été commise pour le compte de la personne morale. Le cercle des personnes physiques qui peuvent engager la responsabilité pénale des personnes morales est très large ; il peut s'agir non seulement des administrateurs, des employés, des mandataires, des préposés, mais aussi des tiers²⁰.

Pour la première hypothèse se rapportant au lien intrinsèque avec l'objet de la personne morale, cet objet est plus large que l'objet social décrit dans les statuts ; il peut aussi être question de l'objet réel tel qu'il apparaît à la lumière de l'activité de la personne morale (couvrant notamment les infractions d'imprudences commises à l'occasion des activités de l'entreprise²¹)²². Il est d'ailleurs

plutôt rare, comme le relève le professeur Adrien Masset²³, que l'objet social déclaré soit la commission d'infractions pénales...

La deuxième hypothèse de lien intrinsèque avec la défense des intérêts de la personne morale concerne les infractions qui, indépendamment de l'objet social, profitent à la personne morale. Le profit perçu par la personne morale grâce à la réalisation de l'infraction est un indicateur de ce que l'infraction a bien été commise dans l'intérêt de la personne morale ou pour son compte²⁴.

La troisième hypothèse porte sur les infractions dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour le compte de la société²⁵. Il n'est pas requis à cet égard que la personne morale ait retiré un profit de la réalisation pour son compte de l'infraction²⁶.

Il devra, en outre, être établi que tous les éléments constitutifs matériels de l'infraction sont réunis (par exemple les manœuvres frauduleuses et la remise des fonds pour l'escroquerie). Il en ira de même pour l'élément moral de l'infraction incriminée, comme nous le développerons dans les paragraphes qui suivent.

Section 3

Les causes de non-imputabilité morale applicables à la personne morale

10. Une fois l'infraction imputable matériellement à la personne morale encore faut-il, pour que celle-ci soit reconnue pénalement responsable, établir qu'elle a agi avec discernement et librement, ce qui suppose une capacité de comprendre et de vouloir. La recherche, dans le chef de la personne morale, de l'élément moral requis par l'incrimination légale se fera dans un second temps pour autant qu'aucune cause de non-imputabilité morale ne puisse être invo-

¹⁸ J. SPREUTELS, Fr. ROGGEN et E. ROGER FRANCE, *Droit pénal des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 63.

¹⁹ Corr. Liège (11^e ch.bis), 26 septembre 2003, J.L.M.B., 2004, p. 1375. Ce jugement précise que lorsque des faits infractionnels ont été commis pour servir l'intérêt individuel et pour le compte d'une personne occupant une position dominante au sein d'une personne morale, seule la responsabilité de la personne physique par qui la personne morale a agi peut être engagée.

²⁰ Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M^{me} Jeanmoye, *Doc. Parl., Sén.*, sess. 1998-1999, n° 1-1217/6, pp. 9-10.

²¹ Pour des illustrations, voy. Bruxelles (14^e ch.), 14 septembre 2010, J.L.M.B., 2011, p. 318 (infraction de marchand de sommeil) ; l'infraction a été considérée comme intrinsèquement liée à la réalisation de l'objet d'une société de promotion immobilière de logements ainsi que d'une société de location d'habitations ; Corr. Tournai, 16 février 2007, J.L.M.B., 2008, p. 615 (accident d'autocar dû à l'endormissement d'un chauffeur) ; en cette cause, les infractions aux articles 418 à 420 du Code pénal sont intrinsèquement liées à la réalisation de l'objet social, à savoir le transport des voyageurs ; Corr. Liège (11^e ch.bis), 28 mars 2003, J.L.M.B., 2003, p. 1331 (accident de travail mortel dans les installations industrielles du site de Chertal) ; dans cette affaire, le lien intrinsèque entre les infractions reprochées et l'objet de la personne morale est également établi puisque l'activité nécessitait l'utilisation d'un appareillage devant être équipé d'un dispositif de protection empêchant l'accès aux zones dangereuses.

²² A. MISONNE, « Le concours de responsabilités », *op. cit.*, p. 92. « Cet objet réel doit se comprendre en fonction d'une décision du conseil d'administration et, le cas échéant, de l'assemblée générale, qu'il s'agisse de décisions explicites ou de pratiques constamment suivies » (T. AFSCHRIFF et V.-A. DE BRAUWERE, *Manuel de droit pénal financier*, Bruxelles, Kluwer, 2001, p. 36). Des infractions environnementales en matière de lutte contre le bruit ont été considérées en lien avec la réalisation de l'objet social d'une entreprise de boulangerie à l'exploitation particulièrement bruyante (Corr. Gand, 18 mars 2003, T.M.R., 2003, p. 525).

²³ A. MASSET, « La responsabilité pénale des personnes morales », *op. cit.*, p. 7.

²⁴ L'on peut songer à une société *offshore*, dont l'objet statutaire serait tout à fait fictif et qui aurait été créée dans le but de commettre des infractions financières ou de réceptionner les avantages patrimoniaux tirés d'infractions (P. GERARD, « Les sociétés offshore : conséquences pénales du recours à des entités juridiques étrangers fictifs », *Dr. pén. entr.*, 2011, p. 130).

²⁵ Cette troisième hypothèse, certes vague, permet d'exclure la responsabilité de la personne morale lorsqu'une personne physique a agi sur la base d'un mandat apparent (A. MISONNE, « La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique : un régime complexe, une mise en œuvre peu aisée », *op. cit.*, p. 77).

²⁶ F. KÉFER cite l'exemple de faits de discrimination à l'embauche dans le cadre d'une politique délibérée de l'entreprise (F. KÉFER, « La responsabilité pénale de la personne morale : une réponse de plus sur la délinquance d'entreprise », in *Le point sur le droit pénal*, vol. 37, Liège, éd. Formation permanente CUP 2000, pp. 22-23). A. MASSET cite un autre exemple, celui d'un excès de vitesse commis par un transporteur qui n'avait aucune raison de se montrer pressé (A. MASSET, « La responsabilité pénale des personnes morales », *op. cit.*, p. 8).

quée avec succès par la personne morale. Il convient de rappeler à cet égard l'exigence incontournable d'un élément moral pour toute infraction²⁷.

11. Les causes de non-imputabilité morale sont au nombre de quatre : la démence et les troubles momentanés du discernement, la minorité d'âge, la contrainte irrésistible et l'erreur invincible²⁸. Les deux premières, intimement liées à la condition humaine, ne trouveront jamais à s'appliquer à une personne morale. En revanche, les deux dernières pourraient être soulevées afin de faire échec à l'imputabilité morale de l'infraction à la personne morale.

12. La contrainte, visée à l'article 71 du Code pénal, est cette force irrésistible qui a poussé le prévenu à commettre l'infraction. Elle peut être physique ou morale. La première place la personne dans l'impossibilité matérielle d'éviter la commission de l'infraction, tandis que la seconde consiste en une force psychologique créée par la crainte d'un péril grave et imminent²⁹.

Comme illustration de la contrainte physique, Antoine Misonne cite l'exemple d'un pilote d'avion et de la compagnie aérienne poursuivis du chef de coups et blessures involontaires à la suite d'un atterrissage en catastrophe³⁰. Il pourrait être soulevé que cet atterrissage a été causé par un problème technique imprévisible, de telle sorte que tant la personne physique que la personne morale se verraient acquittées. Si cet atterrissage forcé se déroulait dans le cadre d'une prise d'otages, la contrainte serait dans ce cas de nature morale. Le professeur Adrien Masset a donné un autre exemple de contrainte morale dans le chef d'une personne morale, celui « d'une entreprise mise en prévention pour l'établissement de fausses factures et qui oppose aux poursuites la circonstance qu'elle était menacée d'être ravagée par un incendie si elle n'acceptait pas de se livrer à ce commerce de fausses factures »³¹. L'examen de la jurisprudence laisse toutefois apparaître que les cours et tribunaux ont plus souvent l'occasion de statuer sur l'existence de ce moyen de défense avancé dans le chef de la personne physique par l'intermédiaire de laquelle la personne morale a agi³².

13. Quant à l'erreur invincible, elle peut se rencontrer tant dans le chef d'une personne physique que d'une personne morale. Elle s'apprécie de façon traitée par rapport au comportement du bon père de famille placé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu³³. Qu'elle soit de droit ou de fait, entraîne l'acquiescement pour toutes les infractions, contrairement à l'erreur fautive³⁴.

Dans un jugement du 8 juin 2000 relatif à une prévention de vente de marchandises illicites, le Tribunal correctionnel de Bruxelles a reconnu l'existence de l'erreur invincible à une personne morale, en se fondant sur le caractère extraordinaire de la personne physique qui a endormi sa méfiance naturelle. Dans l'arrêt *Ghislenghien* du 28 juin 2011, la Cour d'appel de Mons a écarté un moyen de défense soulevé par la S.A. FLUXYS au motif que « cette ignorance procédure [...] de l'insuffisance et du manque de rigueur de sa surveillance. Selon la cour d'appel, l'ignorance de la personne morale n'était pas invincible puisqu'elle procède d'une faute dans son chef : « L'ignorance de FLUXYS vient donc de sa propre négligence. Et celle-ci ne peut dès lors invoquer une cause étrangère puisque celle-ci résulte en partie de cette faute d'appréciation de FLUXYS devant avoir connaissance des risques, elle aurait dû exercer une surveillance de tous les instants et protéger efficacement ses conduites afin qu'il ne soit pas porté atteinte à leur intégrité »³⁷.

Section 4

La recherche d'un élément moral propre à la personne morale

14. Nous avons évoqué la logique anthropomorphique dont le législateur a fait choix et l'obligation corollaire qui en découle d'établir un élément moral propre à la personne morale pour que celle-ci puisse être déclarée pénalement responsable d'une infraction³⁸. Ainsi, le juge devra vérifier que l'infraction résulte soit d'une décision prise sciemment et volontairement par la perso-

²⁷ N. COLETTE-BASECQZ, « Le rejet des infractions purement matérielles en droit pénal et la consécration d'un élément moral pour toute infraction », *op. cit.*, p. 185.

²⁸ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 322-323.

²⁹ Pour être admise au titre de cause de non-imputabilité morale, la contrainte doit répondre à trois conditions : un caractère irrésistible (qui s'apprécie *in concreto*), un effet d'annihilation totale des facultés mentales, et un caractère extérieur au prévenu. Voy. Ch. HENNAY, J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 3^e éd., mise à jour avec le concours de D. SPIELMANN et A. BRUYNDONCKX, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 304-307.

³⁰ A. MISONNE, « Le concours de responsabilités », *op. cit.*, p. 157.

³¹ A. MASSET, « La responsabilité pénale des personnes morales », *op. cit.*, p. 9.

³² Gand, 26 juin 2009, *T.M.R.*, 2010, p. 261; Gand, 19 septembre 2008, *T. Straff.*, 2008, p. 471 (un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt). Voy. aussi H. BUYSENS, « Bestuursdwaarspraakelijkheid bij loonmisdrif en overmacht », *R.W.*, 2008-09, p. 883, note sous *Trav. Ypres*, 26 octobre 2007.

³³ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, *op. cit.*, p. 344.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Corr. Bruxelles (4^e ch.), 8 juin 2000, *J.D.S.C.*, 2002, p. 309.

³⁶ Mons (1^{re} ch.), 28 juin 2011, P.354/11, p. 382 (inédit). L'arrêt a fait l'objet de plusieurs pourvois en cassation. La Cour d'appel a réformé le jugement du Tribunal correctionnel de Tournai du 22 février 2011 qui avait acquitté la S.A. FLUXYS.

³⁷ Mons (1^{re} ch.), 28 juin 2011, P.354/11, p. 355 (inédit).

³⁸ Les travaux préparatoires de la loi du 4 mai 1999 indiquent que pour condamner une personne morale le juge doit constater une faute pénale propre dans son chef (Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sén., 1998-1999, n° 1-1217/1, p. 2).

morale, soit d'une omission commise dans le chef de celle-ci³⁹. La Cour de cassation a d'ailleurs pris soin de rappeler, en suivant l'approche des travaux préparatoires, que la décision de condamnation d'une personne morale qui ne constate pas que cette dernière aurait elle-même commis une faute n'est pas légalement justifiée⁴⁰.

15. Il y a lieu de rechercher, en fonction de l'infraction reprochée, l'état d'esprit coupable requis par l'incrimination légale. Par exemple, le défaut de prévoyance ou de précaution constitue l'élément moral de la prévention d'homicide ou coups et blessures involontaires visée aux articles 418 à 420 du Code pénal. La corruption, érigée en infraction à l'article 504*bis* du Code pénal, exige un dol général. Il en va de même pour l'administration volontaire de substances qui peuvent donner la mort ou altérer gravement la santé (visée à l'article 402 du Code pénal). Le faux en écritures incriminé à l'article 193 du Code pénal requiert une intention frauduleuse ou un dessein de nuire (soit un dol spécial). La prévention de faux fiscal fondée sur l'article 450 du Code des impôts sur les revenus suppose aussi cette même intention frauduleuse. L'élément moral du délit d'escroquerie sanctionné à l'article 496 du Code pénal est également un dol spécial ; il s'agit de l'intention de s'approprier une chose appartenant à autrui.

En ce qui concerne les infractions dites « réglementaires », pour lesquelles les présomptions réfragables de culpabilité sont admises, la preuve de l'élément moral sera considérée comme établie sauf si le prévenu réussit à renverser la présomption en avançant de façon plausible des éléments permettant de remettre en cause sa responsabilité (comme par exemple une contrainte irrésistible ou une erreur invincible)⁴¹.

16. Le rappel de l'exigence d'un élément moral propre à la personne morale peut sembler contradictoire avec la vérification, suggérée dans les travaux préparatoires de la loi⁴², de cet élément moral au niveau du comportement adopté par une catégorie particulière de personnes, soit celles qui occupent une place dirigeante au sein de la personne morale⁴³. Cette précision de l'exposé des

motifs est d'ailleurs elle-même en porte-à-faux avec l'affirmation des auteurs de la loi, selon laquelle l'élément moral de la personne morale doit être apprécié par le juge en tenant compte des caractéristiques propres de la personne morale, « il devra être établi soit que la réalisation de l'infraction découle d'une décision intentionnelle prise au sein de la personne morale, soit qu'elle résulte, par un lien de causalité déterminé, d'une négligence au sein de la personne morale ; on vise par exemple l'hypothèse où une organisation interne déficiente de la personne morale, des mesures de sécurité insuffisantes ou des restrictions budgétaires déraisonnables ont créé des conditions qui ont permis la réalisation de l'infraction »⁴⁴. Et d'ajouter : « Afin d'apprécier la réalisation et la manifestation de l'élément fautif dans le chef de la personne morale, le juge se basera cependant sur l'attitude des organes au sein de la personne morale, y compris les organes de fait, qui ne peuvent pas nécessairement être identifiés comme des personnes physiques. L'intention n'est pas de limiter la responsabilité pénale de la personne morale aux infractions commises par ses organes légaux ou statutaires. La responsabilité pénale de la personne morale peut aussi être la conséquence de faits matériels commis par certains de ses préposés ou mandataires. Elles doivent alors au moins avoir eu connaissance de l'intention de commettre l'infraction et y avoir consenti ou bien avoir incité elles-mêmes à la commission de l'infraction. Dans le cas d'infractions non intentionnelles, il devra être démontré qu'elles ont eu connaissance du risque de réalisation de l'infraction et ont négligé de prendre les mesures pour éviter celle-ci. Si la loi requiert un dol général ou spécial comme élément constitutif, il sera nécessaire d'établir que celui-ci est également présent dans le chef des instances dirigeantes »⁴⁵.

À suivre ce raisonnement, il est difficile d'envisager, de façon autonome, l'élément moral de la personne morale indépendamment de celui d'une ou plusieurs personnes physiques... Cette approche, consistant à se référer à la personne physique pour apprécier l'élément moral de la personne morale, ferait davantage penser à une responsabilité dérivée, alors que la volonté affichée par les auteurs de la loi est, au contraire, d'instaurer une responsabilité

³⁹ Cass., 23 septembre 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 2034, *T. Straffr.*, 2009, p. 24, obs. H. VAN BAVEL, « Morele toerekening aan de rechtspersoon ».

⁴⁰ Cass., 12 juin 2007, *T.G.R.*, 2008, p. 141.

⁴¹ N. COLETTE-BASECQZ, « Réflexions critiques sur les présomptions de responsabilité en droit pénal », *op. cit.*, pp. 418-419.

⁴² Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sén., sess. 1998-1999, n° 1-1217/1, p. 5.

⁴³ Dans son arrêt précité du 23 septembre 2008 (Cass., 23 septembre 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 2034, *T. Straffr.*, 2009, p. 24, obs. H. VAN BAVEL, « Morele toerekening aan de rechtspersoon »), la Cour de cassation, qui a pourtant pris soin de rappeler le caractère autonome de la responsabilité pénale de la personne morale, n'a pas censuré la cour d'appel qui avait retenu une responsabilité pénale de la personne morale et de la personne physique après avoir constaté que la personne physique identifiée, qui assumait en fait la

direction en matière de permis d'environnement, avait commis les faits sciemment et volontairement alors qu'elle était dans la possibilité de remédier à la situation illégale, ce qu'elle n'a pas fait. Il est pourtant difficile de distinguer, dans une telle motivation de la juridiction de fond, l'élément moral de la personne physique de celui de la personne morale... Selon Raf VERSTRAETEN et Vanessa FRANSSEN, il se peut que la Cour de cassation évolue progressivement vers une théorie de l'identification, à l'instar du droit anglais (V. FRANSSEN et R. VERSTRAETEN, « La volonté et la faute de la personne morale. Rappel des principes généraux et évaluation critique de dix années de jurisprudence », *J.T.*, 2010, p. 70).

⁴⁴ Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M^{me} Jeanmoye, *Doc. Parl.*, Sén., sess. 1998-1999, n° 1-1217/6, p. 9.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 9-10.

autonome de la personne morale⁴⁶. Ainsi que le Professeur Foriers le souligne, «le simple rêve, la simple pensée d'une personne physique, par ailleurs organe ou mandataire, n'est pas le rêve ou la pensée de la personne qu'elle représente. Ils lui restent propres si elle demeure purement passive»⁴⁷.

17. Une autre incohérence des travaux préparatoires surgit lorsque, d'une part, ils laissent à penser que le cercle des personnes physiques qui peuvent engager la responsabilité pénale des personnes morales est extrêmement large⁴⁸, et, d'autre part, ils renvoient au comportement adopté par les organes de direction pour apprécier l'élément moral de la personne morale⁴⁹.

18. Cette imputabilité morale d'une infraction à une personne morale est, du vœu même du législateur, une question de fait laissée à l'appréciation du juge du fond⁵⁰. Nonobstant les judicieuses observations émises par le Conseil d'État⁵¹, dans son avis sur le projet de loi, le législateur s'est entêté à ne pas expliciter le mode d'imputabilité morale de l'infraction à la personne morale⁵². De son côté, la Cour de cassation semble emboîter parfaitement le pas au législateur.

19. L'examen de la motivation des juges du fond laisse toutefois à penser que la recherche d'un élément moral propre à la personne morale est une opération parfois hasardeuse⁵³. Indépendamment du fait que de nombreuses infractions imputées à la personne morale soient qualifiées de réglementaires (notamment en droit pénal social, fiscal, environnemental, etc.), de telle sorte que, sur le plan de la preuve, l'élément moral est présumé de la simple réalisation matérielle de l'infraction, les décisions pénales motivent assez peu en fait l'existence de l'élément moral dans le chef de la personne morale. Par ailleurs, les motiva-

tions peuvent laisser apparaître une confusion entre l'imputabilité matérielle et l'imputabilité morale de l'infraction.

20. En outre, il est rare que la distinction soit opérée avec netteté entre l'infraction coupable et la faute (avec ou sans prévoyance), les décisions se contentant d'admettre qu'il existe une faute propre à la personne morale, se rattachant souvent à une «culture d'entreprise», sans aller plus loin dans la détermination de l'élément moral⁵⁴. Une telle pratique peut se comprendre par la difficulté qu'éprouvent nos cours et tribunaux à relever des éléments de fait qui relèvent du dol ou de la négligence. Elle est toutefois à regretter puisqu'elle est de nature à compromettre le principe de culpabilité personnelle et les garanties qu'il contient. Dès lors que le législateur a pris le parti de calquer le régime de la responsabilité pénale de la personne morale sur celui applicable aux personnes physiques, rien ne justifie que l'on puisse emprunter des raccourcis pour conclure, sans justification solide et précise, à l'imputabilité morale de l'infraction à l'être juridique!

Nous rejoignons l'opinion de Raf Verstraeten et Vanessa Franssen selon laquelle «Il est toutefois loin d'être évident d'accepter une responsabilité pénale intentionnelle lorsqu'il s'agit d'une tolérance ou d'un prétendu consentement tacite ou encore d'une "culture d'entreprise" favorisant la commission d'infractions pénales. Un manque de dynamisme ou d'intervention, voire un laisser-aller n'impliquent pas nécessairement que la personne morale ait voulu commettre ou s'associer à un acte délictueux intentionnel [...]. L'on remarque que le combat pour une distinction nette entre le dol (y compris le dol éventuel) et la négligence est une tâche permanente pour la défense.»⁵⁵

21. S'il n'est pas possible de relier moralement l'infraction à la personne morale, cette dernière doit dès lors être acquittée. C'est ainsi que le Tribunal correctionnel de Huy, statuant sur un accident survenu lors de l'hélicoptère d'une civière, a acquitté la personne morale de l'infraction de coups et blessures involontaires au motif que «si l'on examine la responsabilité pénale de prévenue, en tenant compte des circonstances qui ont causé l'accident d'hélicoptère, on doit relever qu'aucun défaut de prévoyance ou de précaution en relation avec les blessures encourues [...] ne peut lui être personnellement imputé»⁵⁶. Le Tribunal correctionnel a notamment eu égard aux circon-

⁴⁶ A. DE NAUW et F. DERUYCK, «De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen», R.W., 1999-2000, pp. 903-905.

⁴⁷ P.-A. FORIERS, «Rêves et pensées de personnes morales. Observations sur l'imputabilité d'éléments psychologiques aux sociétés dotées de la personnalité juridique», in *Liber Amicorum Bernard Glansdorff*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 215.

⁴⁸ Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M^{me} Jeanmoye, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1998-1999, n° 1-1217/6, p. 8.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 10.

⁵⁰ Proposition de loi instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M^{me} Jeanmoye, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1998-1999, n° 1-1217/6, p. 9.

⁵¹ Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1998-1999, n° 1-1217/6, p. 121 («L'importance des enjeux de la réforme autant que le respect du principe de légalité des incriminations et des peines impose au législateur de déterminer clairement dans le texte de la loi les conditions d'imputabilité des infractions aux personnes morales sous tous ses aspects.»).

⁵² Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M^{me} Jeanmoye, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1998-1999, n° 1-1217/6, p. 9.

⁵³ J. OVERATH, M. GERON, Ch. GHEUR et Th. MATRAY, *La responsabilité pénale des personnes morales*, Bruxelles, Larcier, coll. J.L.M.B. Opus, 2007, p. 29.

⁵⁴ «Dans bien des cas, la faute reprochée à la personne morale pour conclure à sa responsabilité intentionnelle ou non intentionnelle nous semble être la même, à savoir ladite politique de l'entreprise qui d'une manière ou d'une autre a contribué à ce que des infractions pénales ont pu être commises» (V. FRAPSEN et R. VERSTRAETEN, «La volonté et la faute de la personne morale. Rappel des principes généraux évaluation critique de dix années de jurisprudence», *op. cit.*, p. 73).

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Corr. Huy (5^e ch. vac.), 10 juillet 2008, *Dr. pén. entr.*, 2010, pp. 32-33.

tances suivantes : l'absence d'une décision concrète prise par les organes de la personne morale qui serait à l'origine de l'accident, un personnel formé et entraîné aux activités d'hélicoptère, la qualité du matériel mis à la disposition de ses préposés et une bonne organisation interne générale. De même, dans une autre cause concernant une prévention d'homicide involontaire lors de l'abattage d'un arbre par des ouvriers travaillant pour un club de golf, le Tribunal correctionnel de Nivelles a également acquitté l'entité juridique, considérant qu'aucune faute n'était établie dans son chef⁵⁷.

22. Le juge devra indiquer, dans sa décision, les éléments de preuve sur lesquels il s'est fondé pour conclure à l'existence d'une culpabilité propre à la personne morale. Dans les travaux préparatoires, le ministre de la Justice a précisé : « la situation doit être évaluée à l'instar de ce qui aurait valu pour une personne physique. Il faut donc se demander si l'élément moral aurait été considéré comme réalisé dans le chef d'une personne physique. »⁵⁸ Le ministre a ajouté que l'appréciation de cet élément se fait librement, à la lumière des circonstances factuelles du dossier ; le juge choisissant les éléments qui lui paraissent décisifs⁵⁹.

Les cours et tribunaux ont recherché les éléments de preuve de l'élément moral propre à la personne morale aussi bien dans le comportement d'une personne physique identifiée (qu'elle soit l'organe de la personne morale⁶⁰, un dirigeant, un préposé ou encore un tiers) que dans les caractéristiques de la personne morale elle-même (culture d'entreprise, organisation interne déficiente, restrictions budgétaires déraisonnables, absence de mesures de sécurité, formation insuffisante du personnel, caractère répétitif des infractions, etc.)⁶¹, indépendamment de l'identification d'une personne physique par l'intermédiaire de laquelle sa responsabilité aurait été engagée.

23. S'agissant de la recherche d'un dol dans le chef de la personne morale poursuivie du chef d'une infraction intentionnelle⁶², le juge semble avoir plus

de difficultés à établir la preuve de l'élément intentionnel dans le chef de la personne morale elle-même. Souvent, il le déduit du comportement intentionnel adopté par les instances dirigeantes⁶³, sans qu'émerge de façon distincte un élément moral propre à la personne morale⁶⁴. En revanche, pour une infraction non intentionnelle, l'élément moral de la personne morale⁶⁵ peut être plus aisément apprécié de façon autonome sans qu'il soit nécessaire de recourir à la faute commise par une personne physique. Les juridictions de fond⁶⁶ ont ainsi conclu à la responsabilité pénale de la personne morale en présence d'une organisation interne déficiente, d'un manque de formation du personnel, de restrictions budgétaires déraisonnables, d'une persistance dans l'illégalité par des infractions répétitives⁶⁷...

Cela étant, la pratique révèle que c'est le plus souvent en matière d'infractions non intentionnelles (notamment en droit social, en droit de l'environnement...) ⁶⁸ que la personne morale voit sa responsabilité pénale engagée.

24. La recherche d'une faute propre de la personne morale est particulièrement ardue dans le cadre des infractions commises au sein de petites entreprises et des S.P.R.L.U.⁶⁹. En effet, le type d'organisation de la société et son caractère exclusivement familial ne permettent pas de dissocier aisément la responsabilité pénale de la personne morale de celle de son représentant. Face à

⁶³ S. VERVERKEN, « De beoordeling van het moreel element van misdrijven bij rechtspersonen. Een vergelijking tussen België en Nederland », *Jura Falconis*, 2009-2010, n° 1, p. 199.

⁶⁴ A. DE NAUW, « L'évolution jurisprudentielle de la notion de responsabilité pénale dérivée des personnes morales en droit français, vue par un pénaliste belge », *op. cit.*, p. 353 ; A. MISONNE, « Le concours de responsabilités », *op. cit.*, p. 136 ; D. PACQUEE, « De strafrechtspersoon : bespiegelingen omtrent het moreel element in de Wet Strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen », *Jura Falconis*, 2007-2008 pp. 477-504 ; H. VAN BAVEL, « De rechtspersoon in ons schuldstrafrecht : over het moreel bestanddeel van het misdrijf in hoofdfe van de rechtspersoon », *op. cit.*, p. 130 ; S. VAN DYCK, V. FRANSEN et F. PARREIN, « De rechtspersoon als strafbare dader : een grondige analyse van tien jaar wetgeving, rechtspraak en rechtsleer », *T.V.R.*, 2008, pp. 599-604 et 2009, pp. 14-63 ; S. VERVERKEN, « De beoordeling van het moreel element van misdrijven bij rechtspersonen. Een vergelijking tussen België en Nederland », *op. cit.* pp. 181-182.

⁶⁵ Pour rappel, l'élément moral des infractions non intentionnelles est constitué par la faute (avec ou sans prévoyance), laquelle est appréciée par référence au comportement du bon père de famille placé dans les mêmes circonstances. Voy. N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, *op. cit.* pp. 262-263.

⁶⁶ Corr. Gand, 23 juin 2003, *T.M.R.*, 2003, p. 655 ; Corr. Gand, 3 novembre 2003, *T.M.R.*, 2004, p. 591.

⁶⁷ V. FRANSEN et R. VERSTRAETEN, « La volonté et la faute de la personne morale. Rappel des principes généraux et évaluation critique de dix années de jurisprudence », *op. cit.*, p. 72 ; S. VERVERKEN, « De beoordeling van het moreel element van misdrijven bij rechtspersonen. Een vergelijking tussen België en Nederland », *op. cit.*, pp. 177-214.

⁶⁸ H. VAN BAVEL, « De rechtspersoon in ons schuldstrafrecht : over het moreel bestanddeel van het misdrijf in hoofdfe van de rechtspersoon », *op. cit.*, p. 131.

⁶⁹ V. FRANSEN et R. VERSTRAETEN, « La volonté et la faute de la personne morale. Rappel des principes généraux et évaluation critique de dix années de jurisprudence », *op. cit.*, pp. 69 et 72.

⁵⁷ Corr. Nivelles (2^e ch.), 13 septembre 2007, *R.G.A.R.*, 2008, n° 14376.

⁵⁸ *Doc. Parl.*, Sén., sess. 1998-1999, n° 1-1217/6, pp. 25-26.

⁵⁹ *Doc. Parl.*, Sén., sess. 1998-1999, n° 1-1217/6, p. 28.

⁶⁰ Les organes peuvent être des personnes physiques ou des personnes morales.

⁶¹ V. FRANSEN et R. VERSTRAETEN, « La volonté et la faute de la personne morale. Rappel des principes généraux et évaluation critique de dix années de jurisprudence », *op. cit.*, pp. 70-73.

⁶² Rappelons que le dol général qui constitue l'élément moral des infractions intentionnelles, se compose d'un élément de connaissance et d'un élément de volonté (ou d'acceptation). Il comprend trois degrés : le dol direct (soit la recherche des conséquences de son comportement, lesquelles sont certaines), le dol indirect (l'acceptation des conséquences de son comportement, lesquelles sont certaines), et le dol éventuel (l'acceptation des conséquences de son comportement, lesquelles sont uniquement probables). Voy. Ch. HENNAU, J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, pp. 319-322 ; N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, *op. cit.*, pp. 261-262.

cette difficulté, il arrive que les juges condamnent à la fois la personne morale et la personne physique⁷⁰.

25. L'arrêt *Ghislenghien*, prononcé le 28 juin 2011 par la Cour d'appel de Mons, a examiné, sur la base des éléments de fait du dossier, si la preuve d'une culpabilité propre de la personne morale pouvait se dégager dans le chef de l'exploitant du réseau de canalisation de transport de gaz. La cour d'appel a rappelé, à cette occasion, que la faute vise, outre le non-respect des dispositions légales et réglementaires, le manquement à l'obligation générale de prudence qui s'impose à tous⁷¹. Le juge s'est appuyé sur les indices suivants pour déceler l'existence d'une négligence fautive dans le chef de la personne morale : une organisation interne déficiente, un manque de formation ou d'encadrement de son personnel, et/ou sur des restrictions budgétaires déraisonnables décidées par elle.

À l'inverse du premier juge, la Cour d'appel de Mons a retenu la responsabilité pénale de la S.A. FLUXYS pour les infractions perpétrées pour son compte, dans le cadre de la réalisation de son objet social, soit le transport de gaz sous haute pression par canalisation. La cour d'appel a jugé que ces infractions lui sont imputables, « car elles sont caractéristiques dans son chef d'une négligence consciente ou inconsciente dans son organisation interne et dans l'encadrement et la formation de son personnel, négligence ayant porté préjudice à l'intégrité physique ou psychique et aux biens de multiples personnes dont les intérêts sont protégés par le droit pénal, alors que la prévenue aurait pu prévenir ces conséquences en adoptant une attitude prudente et diligente, comme l'aurait fait une personne physique ou morale normalement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances »⁷². L'existence d'une faute, élément moral des infractions visées aux articles 418 à 420 du Code pénal, a ainsi été reconnue établie dans le chef de la personne morale elle-même.

26. Quant au lien de causalité à prendre en compte pour conclure à la responsabilité pénale, il est apprécié par référence à la théorie civiliste de l'équivalence des conditions⁷³. L'arrêt *Ghislenghien* précité en fournit une illustration :

⁷⁰ Corr. Tournai, 16 février 2007, J.L.M.B., 2008, p. 615.

⁷¹ La cour d'appel a considéré qu'« il s'imposait toutefois, ainsi qu'il sera dit ci-après, d'examiner aussi le comportement de la prévenue par référence à l'obligation générale de prudence qui s'impose à tous d'adopter un comportement conforme au comportement de l'homme normalement prudent, placé en fait dans les mêmes circonstances. La norme générale de prudence doit donc compléter les textes de loi, et impose au transporteur gazier normalement prudent de prendre toutes les mesures de précaution utiles afin d'éviter la mise en danger d'autrui. Omettre de prendre ces mesures serait dès lors constitutif de faute. » (Mons (15^e ch.), 28 juin 2011, P.354/11, p. 351, inédit).

⁷² Mons (15^e ch.), 28 juin 2011, P.354/11, p. 383 (inédit).

⁷³ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., p. 243.

« Si FLUXYS n'avait pas commis ces fautes, le risque n'aurait pas existé tel qu'il a existé et n'aurait pu se réaliser tel qu'il s'est réalisé. Le lien causal entre chacune des fautes commises et la catastrophe est donc bien établi. FLUXYS ne peut se décharger de sa propre responsabilité en invoquant la responsabilité d'un ou de plusieurs tiers, la cause étrangère résultant d'un comportement imprévisible du commandant des pompiers, ou encore l'imprévisibilité des comportements individuels ayant conduit à la dégradation de ses installations. Si on doit, certes, reprocher aux entrepreneurs d'avoir endommagé la canalisation et/ou de ne pas en avoir averti FLUXYS, la théorie de l'équivalence des conditions appelée ci-dessus implique que chaque faute qui est en relation causale avec le dommage, que ce lien soit direct ou indirect, immédiat ou pas, entraîne la responsabilité de l'auteur de la faute, et que lorsque plusieurs fautes sont à l'origine du dommage ou l'ont aggravé, tous les auteurs de ces fautes sont solidairement tenus à la réparation intégrale du dommage à l'égard de la victime. »⁷⁴

27. Dans une autre cause concernant une explosion qui s'est produite en 2002 à Cockerill-Sambre, le Tribunal correctionnel de Liège a statué dans un sens différent, ne retenant pas la responsabilité pénale de la personne morale. Le tribunal a estimé que l'accident a été « la résultante de fautes d'importance variable accumulées dans le chef de personnes physiques identifiables qui ont d'ailleurs négligé, de manière délibérée pour certains, les consignes de sécurité en vigueur à la cokerie ». Le juge a écarté toute corrélation automatique entre la recherche d'un profit par la personne morale et le manquement, dans son chef, aux règles de sécurité, précisant que « la société Cockerill-Sambre est évidemment soucieuse de générer un profit [...] ; cette affirmation ne peut, cependant, conduire le tribunal à conclure qu'automatiquement, dans un tel type d'entreprise, les règles de sécurité sont bafouées sans que cette affirmation ne repose sur des éléments précis et concrets qui n'apparaissent pas dans le présent dossier »⁷⁵.

Section 5

Le concours de responsabilités de la personne morale et de la personne physique

28. La personne morale et la personne physique peuvent toutes deux voir engager leur responsabilité pénale en raison d'une même infraction. C'est l'ar-

⁷⁴ *Ibid.* p. 382.

⁷⁵ Corr. Liège, 20 septembre 2004, J.L.M.B., 2004, p. 1398.

ticle 5, alinéa 2 du Code pénal qui fixe, dans une rédaction malheureuse, les conditions du concours de responsabilités et les conséquences qui en résultent quant au choix de la personne à poursuivre et/ou condamner pénalement. À cet égard, une distinction s'impose selon que l'infraction a été commise sciemment et volontairement ou par imprudence.

29. Par ailleurs, l'intervention de plusieurs personnes physiques identifiées ne fait pas obstacle à l'application de l'article 5, alinéa 2 du Code pénal⁷⁶.

A. Les conditions du concours de responsabilités

30. Le concours de responsabilités de la personne morale et de la personne physique, pour des faits infractionnels identiques⁷⁷, se présente lorsque, selon les termes de l'article 5, alinéa 2 du Code pénal, la personne morale est exclusivement responsable en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée.

Le concours de responsabilités suppose la réunion de trois conditions⁷⁸. D'abord, il est requis que les infractions reprochées soient identiques⁷⁹. Ensuite, une personne physique doit avoir été identifiée. À défaut ou s'il demeure un doute sur l'identification de la personne physique⁸⁰, seule la personne morale peut voir sa responsabilité pénale engagée⁸¹. Lorsque c'est suite à la décision

prise par un organe collégial (sans possibilité d'isoler les votes individuels) que l'infraction a été commise, il n'y a pas matière à concours de responsabilités en l'absence de l'intervention d'une personne physique identifiée⁸². Il en va de même en cas d'impossibilité d'identifier l'auteur des excès de vitesse commis avec le véhicule de la société ou l'auteur des faux commis au sein de la personne morale⁸³. Enfin, un lien doit être établi entre les agissements de cette personne physique et l'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale.

31. L'utilisation de l'adverbe « exclusivement » dans l'énoncé des conditions du concours de responsabilités pose problème. En effet, il peut paraître contradictoire de soutenir, d'une part, que la personne morale est exclusivement responsable en raison de l'intervention d'une personne physique et d'autre part, que les personnes physique et morale peuvent être toutes deux condamnées. Par ailleurs, concernant l'exigence de l'intervention de la personne physique, il est observé que c'est toujours par l'entremise d'une personne physique qu'une personne morale, être inanimé, peut agir. La première phrase de cet alinéa 2 de l'article 5 du Code pénal devrait être comprise comme exigeant, parmi les conditions d'application du cumul de condamnations pénales, une intervention (comportement actif ou d'omission) d'une personne physique identifiée. Nous renvoyons à la formulation plus claire de cette disposition légale suggérée par Eric de Formanoir⁸⁴ : « Lorsque l'infraction a été commise par la personne morale et une personne physique qui a été identifiée, seule celle de ces deux personnes qui a commis la faute la plus grave sera condamnée. »

La volonté du législateur, lorsqu'il a prévu la possibilité d'échapper au cumul de condamnations pénales, a été d'éviter l'automatisme des cas de corréité ou de complicité entre la personne physique et la personne morale⁸⁵.

32. Rappelons que la responsabilité pénale de la personne morale ne peut être retenue dans le cadre du concours de responsabilités avec celle de la personne physique que si la preuve de l'élément moral est rapportée dans le chef de la personne morale elle-même. Cette dernière doit avoir agi avec l'état d'esprit coupable requis par l'incrimination légale mise à sa charge. La per-

⁷⁶ Voy. p. ex. dans l'affaire de Pecrot, Pol. Nivelles (5^e ch.), 15 septembre 2004, J.D.S.C., 2005, p. 235, note M.-A. DELVAUX, « La SNCB, « mauvaise mère » pour ses agents ? », J.T., 2004, p. 840, obs., *Journ. Proc.*, 2004, p. 12, note F. GLANSDORFF.

⁷⁷ Cass., 10 mars 2004, n° P03.1233.F, *www.cass.be* et *Pas.*, 2004, I, n° 137; Cass., 3 mars 2004, *Pas.*, 2004, I, n° 115. Voy. ég. N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., p. 286. Si les infractions mises à charge de la personne morale et de la personne physique ne sont pas les mêmes, l'article 5, alinéa 2 du Code pénal ne trouve pas à s'appliquer.

⁷⁸ N. COLETTE-BASECQZ, « La responsabilité pénale des personnes morales : une illustration des dérives de l'anthropomorphisme », in *Liber Amicorum Xavier Dijon*, à paraître.

⁷⁹ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., pp. 285-286, citant not. Cass. (2^e ch.), 10 mars 2004, N° P03.1233.F, *www.cass.be* et *Pas.*, 2004, I, n° 13; Cass. (2^e ch.), 3 mars 2004, *Pas.*, 2004, I, n° 115.

⁸⁰ « C'est spécialement le cas lorsque la décision de commettre l'infraction a été prise au sein d'un organe collégial qui s'est prononcé à la majorité sans que le dossier permette d'établir le sens du vote des différents membres de cet organe » (A. MASSET, « La responsabilité pénale des personnes morales », op. cit., p. 10).

⁸¹ « Il nous paraît tout à fait injustifié de faire dépendre la responsabilité de la personne morale, non pas seulement de l'intervention d'une personne physique déterminée, mais de son identification, alors que cette identification n'a aucun rapport avec la responsabilité pénale de la société, qui risque de se retrouver sanctionnée, alors qu'elle a commis la faute la plus légère qui, en vertu de la loi, devrait être exonératoire, simplement parce que le ministère public n'a pu identifier la personne qui a commis la faute la plus grave » (T. AFSCHRIFT et V.-A. DE BRAUWERE, *Manuel de droit pénal financier*, op. cit., p. 45). Voy. ég. Y. BRULARO et L. DUMONT, « Les incriminations pénales appliquées au comportement des dirigeants et de leurs conseils », op. cit., p. 158.

⁸² M.-A. DELVAUX, « Quelques développements relatifs aux responsabilités civiles et pénales de l'administrateur personne morale d'une S.A., d'une S.P.R.L. ou d'une S.C.R.L. », op. cit., p. 545. D'autres auteurs sont d'avis que si toutes les personnes qui ont pris collégialement la décision sont identifiées, elles pourront être toutes condamnées (Y. BRULARO et L. DUMONT, « Les incriminations pénales appliquées au comportement des dirigeants et de leurs conseils », in *Droit pénal financier. Dirigeants d'entreprise, responsables publics et professionnels du conseil face à la fraude*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2008, p. 158).

⁸³ *Doc. parl., Sén.*, sess. 1998-1999, n° 1-1217/6, p. 9.

⁸⁴ Nous renvoyons au texte de la contribution de cet auteur (page 167 du présent ouvrage).

⁸⁵ *Doc. parl., Sén.*, sess. 1998-1999, n° 1-1217/6, p. 34.

sonne morale n'emprunte dès lors pas sa culpabilité à la personne physique, par l'intervention de laquelle sa responsabilité est engagée. En d'autres termes, l'élément moral répréhensible doit être présent dans le chef de la personne physique et de la personne morale⁸⁶.

B. Les infractions commises sciemment et volontairement

1. Un cumul facultatif de condamnations pénales

33. L'article 5, alinéa 2 *in fine* du Code pénal dispose que « si la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable ». Le cumul des condamnations pénales de la personne morale et de la personne physique est possible lorsque c'est sciemment et volontairement que l'infraction a été commise par la personne physique.

34. Il est essentiel de souligner qu'il s'agit d'un cumul facultatif, et non obligatoire. Le caractère facultatif ne porte que sur la condamnation de la personne physique. Il ne pourrait pas conduire à un acquittement de la personne morale dans cette hypothèse⁸⁷. On entend en effet par « cumul », la possibilité de condamner la personne physique en même temps que la personne morale. Le juge pourrait, statuant en opportunité, ne pas condamner la personne physique qui a commis l'infraction intentionnellement dans des circonstances où, par exemple, l'origine de cette infraction réside plutôt dans la politique de l'entreprise⁸⁸. Mais est-ce bien conforme aux principes de légalité et de sécurité juridique de laisser entre les mains du juge un tel choix de condamner ou non la personne physique, et ce en l'absence de critères clairs de la part du législateur ? Qu'il nous soit permis d'en douter...

35. Selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, ce cumul trouve à s'appliquer pour toutes les infractions, tant intentionnelles que celles commises par imprudence⁸⁹. C'est en examinant le comportement concret de la personne physique qu'il pourra être déterminé si celle-ci a agi intentionnellement ou non⁹⁰. La circonstance que l'infraction requière, à titre d'élément

moral, le dol ou la faute, est dès lors sans incidence sur l'application du cumul. Ainsi, « certains comportements, incriminés par des dispositions qui exigent tout au plus que l'auteur ait agi avec faute, peuvent avoir été déclenchés par un acte conscient et volontaire »⁹¹. Notons toutefois que les travaux préparatoires de la loi avaient fait apparaître une lecture de la disposition différente de celle effectuée par la Cour de cassation, se référant à la qualification légale de l'infraction⁹².

2. Quelques illustrations jurisprudentielles

36. Il a ainsi été jugé qu'une personne physique a commis l'infraction sciemment et volontairement lorsqu'elle a fait obstacle à la surveillance en refusant de fournir les documents sociaux réclamés par l'inspecteur social (concernant les prestations de nuit). Le Tribunal correctionnel de Liège⁹³ a usé de la faculté de condamner, dans une telle hypothèse, à la fois la personne morale et la personne physique « en raison du rôle déterminant joué par le prévenu dans le fonctionnement de la S.P.R.L., de sa fonction de gérant au sein de celle-ci et de responsable de la gestion journalière ainsi que de la structure de la société ». Dans un autre arrêt se rapportant à des faits d'omission de payer la rémunération due à un travailleur⁹⁴, l'administrateur a également été condamné avec la personne morale pour avoir commis les faits avec connaissance et volonté. Cet élément intentionnel reposait sur la constatation que l'administrateur avait délibérément choisi de privilégier d'autres dépenses sociales, avait formulé de nombreuses promesses de paiement qu'il n'avait jamais respectées, avait fait régner un climat de terreur au sein de la société...

En matière environnementale, il a été décidé⁹⁵ que les faits avaient été commis sciemment et volontairement car les administrateurs tergiversaient,

⁹¹ A. MISONNE, « La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique : un régime complexe, une mise en œuvre peu aisée », *op. cit.*, p. 87. Voy. ég. J. SPREUTELS, Fr. ROGGEN et E. ROGER FRANCE, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 66 et s.

⁹² Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1998-1999, n° 1-1217/1, p. 6.

⁹³ Corr. Liège (14^e ch.), 9 mai 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1420.

⁹⁴ Cass., 14 février 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 322. La Cour de cassation a estimé que les juges d'appel avaient régulièrement motivé et légalement justifié leur décision de condamner la personne morale et la personne physique dans la mesure où l'infraction avait été commise sciemment et volontairement.

⁹⁵ Cass. (2^e ch.), 8 novembre 2006, *Pas.*, 2006, I, n° 544, *R.D.P.C.*, 2007, p. 273 avec les conclusions de l'Avocat général VANDERMEERSCH. Les préventions étaient d'avoir exploité un établissement classé comme dangereux, incommode ou insalubre, sans autorisation de l'autorité administrative compétente, d'avoir exploité un établissement sans être titulaire d'un permis d'environnement, d'avoir abandonné des déchets ou de les avoir manipulés au mépris des dispositions légales et réglementaires, d'avoir implanté et exploité un centre de valorisation ou d'élimination de déchets sans l'autorisation légale requise, et d'avoir utilisé habituellement un terrain pour le dépôt d'un ou de plusieurs véhicules usagés, de mitrailles, de matériaux ou de déchets sans un permis d'urbanisme préalable écrit et exprès du collège des bourgmestre et échevins. La Cour de cassation n'a pas censuré la décision du juge du fond.

⁸⁶ Cass., 23 septembre 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 203 et Cass., 12 juin 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 1200.

⁸⁷ A. MASSET, « La responsabilité pénale des personnes morales », *op. cit.*, pp. 11-12.

⁸⁸ A. MISONNE, « Le concours de responsabilités », *op. cit.*, p. 125.

⁸⁹ Cass., 19 novembre 2008, n° P.08.1037.F, *www.cass.be*; Cass., 8 novembre 2006, *Rev. dr. pén. crim.*, 2007, p. 273, *T. Strafr.*, 2007, p. 261 et *Pas.*, 2006, I, n° 544, avec les conclusions de l'avocat général Vandermeersch; Cass., 7 septembre 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 1263, n° 387; Cass., 4 mars 2003, n° P.02.1249.N, *www.cass.be* et *Pas.*, 2003, I, n° 149, avec les conclusions de l'Avocat général de Swaef. Voy. ég. Corr. Tongres, 22 décembre 2005, *R.W.*, 2006-2007, p. 1327; Cass., 7 septembre 2004, *Pas.*, 2004, I, n° 387.

⁹⁰ Voy. Cass., 14 février 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 322. Voy. ég. N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, *op. cit.*, p. 287.

depuis des années, avec leur obligation d'assainissement du site, leurs promesses de régularisation non suivies d'effets, leur recours à des procédés dilatoires. Il a aussi été tenu compte de leurs déclarations faites à l'audience qui résument parfaitement leur attitude, à savoir qu'ils savaient qu'ils commettaient des infractions mais qu'ils n'ont pas fait cesser celles-ci, car ils n'ont pas consacré le temps voulu, ni les moyens financiers pour ce faire.

Dans une autre cause relative aux pratiques des marchands de sommeil, la Cour d'appel de Bruxelles a condamné à la fois la personne physique et les personnes morales, estimant que « le prévenu M. a commis, "sciemment et volontairement" les faits litigieux » et ajoutant que « Ces sociétés avaient la possibilité d'exprimer une volonté distincte de celle du prévenu M. afin de réaliser leur objet social autrement qu'en louant à des étrangers en situation administrative précaire, dans des conditions incompatibles avec la dignité humaine, des locaux dont elles étaient seules propriétaires. Elles se sont, ensuite, volontairement abstenues de prendre les mesures adéquates pour mettre fin à la situation délictueuse. Les SA R. et N. ont agi, sciemment, pour leur propre compte et ont directement profité, en pleine connaissance de cause, des profits engrangés. »⁹⁶

3. Incidence sur le choix des personnes à poursuivre

37. De la même manière que le juge pénal, pour asseoir une décision de condamnation conjointe de la personne morale et de la personne physique, vérifie que l'infraction a bien été réalisée intentionnellement par la personne physique, le ministère public procède au choix des personnes à poursuivre en fonction également de cet élément. Si le dossier répressif n'exclut pas formellement que l'infraction a été commise sciemment, la partie poursuivante pourrait préférer diriger l'action publique à la fois contre la personne morale et la personne physique, sans préjudice de ce que le juge décidera ultérieurement quant au cumul ou non des condamnations pénales⁹⁷.

4. La vérification de l'élément moral dans le chef de la personne morale

38. Pour condamner à la fois la personne physique et la personne morale, le juge ne peut se satisfaire de l'état d'esprit intentionnel avec lequel la personne

physique a commis l'infraction; la Cour de cassation⁹⁸ a rappelé que le juge doit aussi vérifier l'existence d'un élément moral dans le chef de la personne morale elle-même⁹⁹. Cette exigence impose aux cours et tribunaux une difficulté supplémentaire, celle de vérifier si l'infraction résulte soit d'une décision prise sciemment et volontairement par la personne morale, soit d'une omission commise dans le chef de cette personne morale. Rappelons que selon le type d'infraction reprochée (intentionnelle ou d'imprudence), cet élément moral peut être constitué par un dol (général ou spécial) ou un défaut de prévoyance ou de précaution, alors même que l'état d'esprit concret avec lequel la personne physique a agi est le dol. Nous avons indiqué les problèmes de preuve auxquels les juges peuvent être confrontés, particulièrement en matière d'infractions intentionnelles, ainsi que les voies empruntées par la jurisprudence pour tenter d'y apporter des solutions.

C. Les infractions commises par imprudence

1. Une exemption de peine pour la personne qui a commis la faute la moins grave

39. Lorsque l'infraction a été commise par négligence, une comparaison de la gravité des fautes respectives de la personne morale et de la personne physique s'impose, de manière à déterminer quelle personne a commis la faute la plus grave. Seule cette dernière se verra condamnée pénalement, l'autre étant exemptée de peine. Cela étant, selon d'aucuns, si le législateur a cherché à faire du cumul des condamnations pénales l'exception, la pratique des cours et tribunaux laisserait apparaître le constat inverse¹⁰⁰...

40. L'article 5, alinéa 2 du Code pénal a ainsi créé une cause d'excuse absolue dans le chef de la personne qui a commis la faute la moins grave¹⁰¹. Rappelons que ce moyen de défense laisse intacte la culpabilité de la personne qui en bénéficie; elle ne l'exempte pas davantage d'une condamnation civile à

⁹⁶ Bruxelles (14^e ch.), 14 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 321.

⁹⁷ Notons que ni l'article 5 du Code pénal, ni le principe général du droit garantissant un procès équitable ne requièrent l'exercice de poursuites simultanées contre la personne physique identifiée et la personne morale. (Cass., 9 novembre 2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 797). Comme nous le précisons dans les paragraphes qui suivent, le fait qu'une personne morale ne soit pas à la cause devant le juge pénal n'empêche pas la personne physique, seule poursuivie, de solliciter le bénéfice de l'excuse absolue lorsqu'elle estime que l'infraction n'a pas été commise sciemment et volontairement et que la faute la plus grave incombe à la personne morale.

⁹⁸ Cass., 23 septembre 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 2034, *T. Strafr.*, 2009, p. 24, obs. H. VAN BAVEL, « Morele toerekening aan de rechtspersoon ».

⁹⁹ « Ce n'est pas parce qu'une décision intentionnelle a été prise par l'organe ou les personnes dirigeantes de la personne morale, que celle-ci sera *ipso facto* pénalement responsable de l'infraction qui en découle » (V. FRANSEN et R. VERSTRAETEN, « La volonté et la faute de la personne morale. Rappel des principes généraux et évaluation critique de dix années de jurisprudence », *op. cit.*, p. 70).

¹⁰⁰ P. WAETERINCKX, « De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon, een kritische analyse van enkele capita selecta uit de eerste rechtspraak », *Strafrecht van nu en straks*, Bruges, La Charte, 2003, p. 220.

¹⁰¹ Cass., 3 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 408, note L. BIDAIS.

des dommages et intérêts¹⁰². À cet égard, nous pouvons regretter que certaines décisions fassent application de l'article 5, alinéa 2 du Code pénal pour écarter la responsabilité pénale de la personne qui a commis la faute la moins grave, alors que l'exemption de peine prévue par la loi a pour effet, non de supprimer cette responsabilité, mais bien de faire obstacle à une condamnation à une peine.

La jurisprudence tant de la Cour de cassation que de la Cour constitutionnelle¹⁰³ a tranché en faveur de la non-rétroactivité de cette cause d'excuse absolutoire. Nous ne reviendrons pas, dans le cadre de notre contribution, sur les justifications avancées et les questions critiques que celles-ci engendrent¹⁰⁴.

41. Ici encore, l'absence de critères clairs dans la loi pour aider le juge à déterminer la gravité des fautes respectives des personnes physique et morale pose problème au regard du principe de légalité. Cette lacune avait d'ailleurs été mise en exergue par le Conseil d'État¹⁰⁵. Interrogée à ce sujet, la Cour constitutionnelle¹⁰⁶ a estimé que l'article 5, alinéa 2 du Code pénal ne violait pas les articles 12 et 14 de la Constitution, « par la disposition en cause, le législateur n'a nullement permis au juge de créer une incrimination, d'organiser une nouvelle forme de poursuite ou d'instaurer une nouvelle peine, mais il a introduit une mesure qui, parce qu'elle est favorable au prévenu, échappe aux exigences particulières des articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution [...] ; si le choix laissé au juge entraîne une incertitude sur la condamnation qui sera prononcée, il ne s'ensuit pas que la disposition en cause manquerait à l'exigence de prévisibilité à laquelle doit satisfaire la loi en matière pénale : toute personne physique ou morale sait qu'elle pourra être poursuivie et condamnée si elle a eu un comportement qui correspond aux éléments constitutifs d'une infraction réprimée par une loi pénale [...] ; le juge devra apprécier cette gravité non pas en fonction de conceptions subjectives qui rendraient imprévisible l'application de la disposition en cause mais en prenant pour critère les éléments constitutifs de chaque infraction, en tenant compte des circonstances

¹⁰² Il en irait autrement dans le cadre de l'application de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail qui prévoit une immunité civile du travailleur lorsqu'il n'a commis ni faute lourde, ni dol, ni faute légère habituelle.

¹⁰³ Cass., 26 février 2002, N° P.00.10.34.N, www.cass.be; Cass., 11 décembre 2002, N° P.02.1156.F, www.cass.be; Cass., 19 novembre 2003, N° RG P.01.1551.F, www.cass.be; C.C., 10 juillet 2002, n° 128/2002, www.const-court.be; C.C., 2 juillet 2003, n° 99/2003, www.const-court.be. Il a été considéré que la cause d'excuse absolutoire constituait le corollaire voulu par le législateur à l'instauration de la responsabilité pénale des personnes morales et qu'elle n'avait dès lors de sens qu'en cas de concours de responsabilités.

¹⁰⁴ Sur ce sujet, voy. S. COISNE, « Les enjeux du principe de la rétroactivité *in mitius* consacré dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques », *R.D.P.C.*, 2006, pp. 57-58.

¹⁰⁵ Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1998-1999, n° 1-1217/6, p. 122.

¹⁰⁶ C.C., 10 juillet 2002, n° 128/2002, www.const-court.be.

propres à chaque affaire et en appréciant dans chaque cas le degré d'autonomie dont dispose la personne physique à l'égard de la personne morale ; il s'ensuit que, bien qu'elle laisse au juge un large pouvoir d'appréciation, la disposition en cause, qui doit se combiner avec celles qui déterminent, pour chaque infraction, à quelles conditions une personne peut être condamnée, n'est pas discriminatoire.»

42. Par ailleurs, la Cour constitutionnelle a eu à connaître de la différence de traitement instaurée entre, d'une part, la personne physique dont la responsabilité entre en concours avec celle de la personne morale (et qui peut espérer bénéficier d'une cause d'excuse absolutoire si sa faute est considérée comme moins grave), et, d'autre part, la personne physique qui a commis une infraction eu même temps qu'une autre personne physique (et qui ne peut espérer bénéficier d'un même traitement de faveur). Cette différence découlant de l'article 5, alinéa 2 du Code pénal a cependant été jugée comme n'étant « pas dénuée de justification raisonnable »¹⁰⁷.

2. Quelques illustrations jurisprudentielles

43. La manière dont les cours et tribunaux apprécient la faute la plus grave et décident en conséquence de l'application de la cause d'excuse absolutoire au bénéfice de la personne qui a commis la faute la moins grave se traduit dans des motivations parfois très sommaires¹⁰⁸. Nous en examinerons plusieurs dans les développements qui suivent.

Il semblerait que ce soit davantage un critère de causalité qui soit utilisé par le juge pour déterminer et comparer la gravité des fautes respectives de la personne morale et de la personne physique¹⁰⁹.

44. Dans l'affaire de l'accident ferroviaire de Pérot survenu le 27 mars 2001, le Tribunal de police de Nivelles, section de Wavre, a été amené à examiner l'existence d'un élément moral dans le chef de la personne morale (la S.N.C.B.) eu égard aux préventions aux articles 418 à 420 du Code pénal, ainsi que l'application de la cause d'excuse absolutoire fondée sur l'article 5, alinéa 2 du Code pénal. Dans son jugement du 15 septembre 2004, le tribunal a retenu la responsabilité pénale de la S.N.C.B., estimant que les mauvaises réactions de différents agents intervenus au moment de l'accident témoignent d'un manque

¹⁰⁷ C.C., 5 mai 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1748, note L. BIHAIN, « Responsabilité pénale des personnes morales. Petite synthèse cinq ans après l'entrée en vigueur ».

¹⁰⁸ P. WAETERINCKX, « De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon, een kritische analyse van enkele capita selecta uit de eerste rechtspraak », *op. cit.*, pp. 204 et 214.

¹⁰⁹ F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 8^e éd., Waterloo, Kluwer, 2007, p. 442.

de formation adéquate face à une situation de crise, ce qui est révélateur des carences organisationnelles de la personne morale. Le défaut de prévoyance et de sécurité imputable à celle-ci consiste en un manque d'organisation interne, notamment en ne prenant pas les mesures de sécurité suffisantes. Le tribunal de police a considéré que la faute de la S.N.C.B. était plus grave que celle des personnes physiques poursuivies¹¹⁰.

Dans un arrêt inédit¹¹¹, la Cour d'appel de Bruxelles a eu à connaître de poursuites, en matière de droit pénal social (notamment de manquements à la tenue des documents sociaux), diligentées contre une personne morale exploitant un restaurant et son préposé. Tenant compte des circonstances de fait, à savoir le débordement des activités du temps de midi régnant dans le restaurant dans lequel le préposé n'exerçait pas seulement des responsabilités administratives mais aussi des activités en salle, la cour d'appel a estimé plus grave la faute de la personne morale, faisant dès lors bénéficier le restaurateur de l'exemption de peine. Dans sa motivation, elle a indiqué que la personne morale « a également commis une faute qui se trouve à l'origine de l'infraction en ne mettant pas en place des règles et structures internes permettant d'affronter les problèmes liés, notamment, au recrutement et au contrôle du personnel dans la sérénité ». Selon la cour d'appel, cette faute est plus grave que celle commise par la personne physique.

Le Tribunal correctionnel de Tongres¹¹² décida, lui aussi, de faire bénéficier la personne physique de la cause d'excuse absolutoire. Il s'agissait de poursuites pénales du chef d'homicide involontaire diligentées à la fois contre une institution d'accueil et de soins pour handicapés et contre l'infirmière en chef. Un patient était décédé, suite à une mauvaise déglutition d'un morceau de viande et alors qu'un médecin lié à un centre de revalidation avait donné la recommandation de moudre la viande, recommandation qui n'avait pas été suivie en l'espèce. Le Tribunal correctionnel de Tongres a décidé que la faute la plus grave a été commise par l'établissement de soins lui-même, considérant que l'organisation interne de l'institution permettait de déroger, sans un avis externe compétent préalable, à des recommandations médicales claires, émanant d'un hôpital universitaire.

Le Tribunal correctionnel de Bruges¹¹³ a adopté un raisonnement similaire dans une affaire où un hôpital, le directeur de l'hôpital et une infirmière

¹¹⁰ Pol. Nivelles (5^e ch.), 15 septembre 2004, J.D.S.C., 2005, p. 235, note M.-A. DELVAUX, « La SNCB, « mauvaise mère » pour ses agents ? », *op. cit.*, J.T., 2004, p. 840, obs., *Journ. Proc.*, 2004, p. 12, note F. GLANSDORFF.

¹¹¹ Bruxelles (11^e ch.), 3 novembre 2004, n° 748/2004, inédit, pp. 10-11.

¹¹² Corr. Tongres, 16 novembre 2006, T. Gez. / Rev. dr. santé, 2007-2008, p. 146, note T. DE GENDT, « Verpleegkundigen in de gehandicaptensector: zelfde beroep, andere aansprakelijkheid ? ».

¹¹³ Corr. Bruges, 2 mai 2005, T. Gez. / Rev. dr. santé, 2007-2008, p. 228.

de nuit ont été poursuivis pour avoir causé involontairement la mort d'une patiente retrouvée morte dans le local technique alors qu'elle avait quitté sa chambre au cours de la nuit. Il avait été décidé de ne plus la maintenir attachée vu l'évolution favorable de son état de santé. Le Tribunal correctionnel de Bruges a estimé que l'hôpital et le directeur avaient tous deux commis une faute en omettant de prendre les mesures de sécurité suffisantes pour empêcher que des patients en proie à des hallucinations ne quittent leur chambre. Le tribunal a considéré que la faute de la personne morale était plus grave parce que cette obligation de sécurité incombe en particulier à un hôpital et que ce dernier a manqué de prévoyance et de prudence en ne fermant pas à clef la porte donnant sur le local technique.

À l'inverse, le Tribunal correctionnel d'Eupen, à propos de l'infraction de non-communication de l'identité d'un conducteur ayant commis un excès de vitesse au volant du véhicule de société, a accordé le bénéfice de la cause d'excuse absolutoire à la personne morale, considérant que la personne physique a commis la faute la plus grave « dans la mesure où il lui appartenait, en tant que dirigeant de l'entreprise, de prendre les mesures afin de pouvoir identifier l'utilisateur des véhicules de la société, même en-dehors des heures d'ouverture de l'entreprise »¹¹⁴.

Nous pouvons constater que les juridictions de fond apprécient souverainement la gravité des fautes commises par la personne morale et par la personne physique, en ayant égard aux éléments factuels de chaque cause, « au cas par cas ». Il n'est dès lors pas possible d'en dégager un enseignement général quant aux critères pris en compte pour une application uniforme de l'article 5 du Code pénal¹¹⁵.

3. Des questions restant en suspens à propos de la comparaison des fautes...

45. La question s'est posée de savoir ce qu'il advient lorsque plusieurs personnes physiques identifiées ont commis une faute engageant la responsabilité pénale de la personne morale. Selon le professeur Adrien Masset, « il nous est d'avis, au nom de la responsabilité individuelle et de la personnalité des peines, qu'une comparaison individualisée doit être opérée, étant entendu que la personne morale ne peut, dans cet exercice, être condamnée qu'une seule fois et non autant de fois qu'il serait jugé qu'elle a commis une faute plus grave que celle commise par telle et telle personne physique prévenue »¹¹⁶. En revanche,

¹¹⁴ Corr. Eupen (2^e ch.), 28 novembre 2007, J.L.M.8., 2008, p. 1119.

¹¹⁵ V. FRANSSSEN ET R. VERSTRAETEN, « La volonté et la faute de la personne morale. Rappel des principes généraux et évaluation critique de dix années de jurisprudence », *op. cit.*, p. 73.

¹¹⁶ A. MASSET, « La responsabilité pénale des personnes morales », *op. cit.*, p. 12. Dans le même sens, voy. aussi F. DERUYCK ET P. WAETERINCKX, « Tien jaar strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtsper-

selon Antoine Misonne, « il conviendra de ne condamner, entre toutes les personnes physiques et la personne morale, que celle qui a commis la faute la plus grave ; [...] l'application extensive du droit pénal favorable permettrait le cas échéant à toutes les personnes, sauf l'auteur de la faute la plus grave, de bénéficier de l'excuse absolutoire de l'article 5, alinéa 2 du Code pénal. Il faut toutefois regretter que certaines décisions tranchent dans un autre sens »¹¹⁷.

Il semble que les travaux préparatoires de la loi du 4 mai 1999 soient restés muets sur ce point. Pour plus de sécurité juridique, cette question mériterait également d'être tranchée par le législateur au moyen de l'adoption d'une formulation claire.

46. À notre connaissance, les cours et tribunaux n'ont pas encore été confrontés à des fautes de gravité identique entre personnes physique et morale. D'aucuns préconisent, dans cette situation, une application de la cause d'excuse absolutoire au bénéfice des deux personnes, et cela sur la base du droit pénal favorable¹¹⁸. Nous partageons ce point de vue.

4. Quant à l'application de la cause d'excuse absolutoire par les juridictions d'instruction

47. Par ailleurs, la pratique révèle certains cas où c'est la juridiction d'instruction elle-même qui, dans le cadre du règlement de procédure, décide de faire application de l'article 5, alinéa 2 du Code pénal, pour justifier le non-lieu ordonné à l'encontre d'une personne inculpée.

En vertu de l'article 128 du Code d'instruction criminelle, la chambre du conseil rend une ordonnance de non-lieu si le fait n'est pas ou plus punissable, ou lorsque les charges sont insuffisantes pour justifier un renvoi devant la juridiction de jugement¹¹⁹. Lorsque le non-lieu se fonde sur la conviction de la chambre du conseil que la faute la plus grave n'a pas été commise par l'inculpé, cette situation engendre un certain malaise. En effet, nous savons que les juridictions d'instruction ne statuent pas au fond, à l'exception de l'interne-ment et de la suspension du prononcé¹²⁰. Or, en l'espèce, la comparaison de la gravité des fautes respectives de la personne physique et de la personne morale relève d'une vérification, au fond, des conditions de la responsabilité pénale.

soon (1999-2009)», *CBR Jaarboek 2009-2010*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2010, p. 49; H. VAN BAVEL, « De wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen », *A.J.T.*, 1999-2000, p. 215.

¹¹⁷ A. MISONNE, « Le concours de responsabilités », *op. cit.*, p. 123.

¹¹⁸ T. AFSCHRIFT et V.-A. DE BRAUWERE, *Manuel de droit pénal financier*, *op. cit.*, pp. 48-49.

¹¹⁹ M.-A. BEERNAERT, N. COLETTE-BASECQZ, Ch. GUILLAIN, P. MANDOUX, M. PREUMONT et D. VANDERMEERSCH, *Introduction à la procédure pénale*, Bruxelles, La Charte, 2011, p. 234.

¹²⁰ *Ibid.*, pp. 239-240.

Selon nous, l'application de l'article 5 du Code pénal ne devrait dès lors pas être l'œuvre des juridictions d'instruction.

48. Rappelons, au demeurant, que les décisions de non-lieu ont un caractère provisoire en ce que l'instruction pourrait être reprise à tout moment en cas de survenance de charges nouvelles¹²¹. L'autorité de telles décisions est donc moins étendue que celle qui s'attache aux décisions d'acquiescement prononcées par les juridictions de jugement¹²². Il en résulte que la personne (physique ou morale) qui se trouve seule renvoyée devant la juridiction de jugement et qui, à ce titre, est amenée à se défendre des préventions reprochées, devrait avoir la faculté de présenter au juge du fond des éléments de nature à rendre plausible, dans son chef, l'application de la cause d'excuse absolutoire.

49. En outre, d'un point de vue procédural, l'inculpé n'est pas autorisé par la loi à relever appel d'une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel lorsque la chambre du conseil a statué sur l'existence ou non de la cause d'excuse absolutoire. Ainsi, la Cour de cassation a rendu un arrêt le 9 mars 2004¹²³ aux termes duquel « l'application éventuelle de la cause d'excuse absolutoire de l'article 5, alinéa 2, du Code pénal, ne donne pas lieu à l'extinction ou à l'irrecevabilité de l'action publique au sens du chapitre IV de la loi du 17 avril 1878 contenant le Titre préliminaire du Code de procédure pénale et de l'article 135, § 2, de ce même Code, et ne fait pas davantage partie des irrégularités omissions ou causes de nullité visées à l'article 131, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle et dont il est question à l'article 135, § 2, du même Code ». Il s'ensuit que « la contestation concernant l'existence ou non d'une cause d'excuse absolutoire est étrangère à la recevabilité de l'action publique et n'est pas soumise à l'une des dispositions autorisant l'inculpé à interjeter appel ».

D. Les enjeux de la poursuite concomitante de la personne morale et de la personne physique

50. Outre les raisons afférentes à l'opportunité des poursuites qui expliqueraient que le ministère public ne poursuive pas l'une des deux personnes l'absence de poursuites concomitantes des personnes physique et morale pourrait aussi se rencontrer dans les hypothèses suivantes : extinction de l'action publique dans le chef de l'une des deux personnes à la suite d'une transaction ou d'une amende administrative, ou encore du décès de la personne physique

¹²¹ M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 539.

¹²² H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 6^e éd., Bruges, La Charte, 2010, p. 753.

¹²³ Cass., 9 mars 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 412.

suspension du prononcé décidée par la juridiction d'instruction à l'égard d'une seule de ces personnes (physique ou morale).

La circonstance que le ministère public (ou la partie civile) n'ait dirigé l'action publique qu'à l'encontre d'une seule personne (physique et morale) sans mettre l'autre à la cause n'empêcherait pas la personne physique ou morale, qui serait seule poursuivie, de solliciter le bénéfice de la cause d'excuse absolutoire sur pied de l'article 5, alinéa 2 du Code pénal, pour autant que les conditions d'application de cette disposition légale soient réunies¹²⁴. C'est d'ailleurs en ce sens que la Cour de cassation elle-même s'est prononcée, dans son arrêt du 9 novembre 2004 : « ni l'article 5, alinéa 2 du Code pénal [...], ni le principe du droit à un procès équitable ne requièrent l'exercice de poursuites simultanées contre la personne physique identifiée et la personne morale »¹²⁵. La Cour a ajouté que « l'absence de la personne physique identifiée ne fait pas obstacle à l'application normale des règles de la preuve en matière répressive selon lesquelles, eu égard à la présomption d'innocence, le ministère public et, le cas échéant, la partie civile, ont la charge de la preuve et tout doute profite à l'accusé, le juge statuant seulement sur la base des éléments qui lui ont été régulièrement transmis et que les parties ont pu contredire »¹²⁶. La personne pourrait dès lors toujours plaider, même si elle est seule poursuivie, que sa faute était la moins grave.

51. Par ailleurs, la décision du juge pénal de faire application de la cause d'excuse absolutoire, motivée par l'existence d'une faute plus grave dans le chef de l'autre personne, non poursuivie, n'est pas revêtue de l'autorité de la chose jugée à l'égard de cette dernière puisque celle-ci n'était pas partie à la procédure devant le juge pénal et n'a dès lors pu faire valoir ses moyens de défense¹²⁷.

Dans l'intérêt de l'administration d'une bonne justice, il serait judicieux de recommander aux parquets de diriger l'action publique à la fois contre la

¹²⁴ Voy. F. LUGENTZ et O. KLEES, « Le point sur la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. dr. pén. crim.*, 2008, pp. 200-201 (« L'éventuelle extinction (ou l'absence d'exercice) de l'action publique en raison de circonstances propres à une partie ne nous paraît pas de nature à justifier que la seconde soit privée de l'éventuelle application de la cause légale d'excuse visée à l'article 5, alinéa 2, du Code pénal, à peine de méconnaître gravement le principe général du respect des droits de la défense et les impératifs d'égalité entre justiciables que consacrent divers textes de valeur supérieure à la loi. »).

¹²⁵ Cass., 9 novembre 2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 797.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil est tenu en échec par les droits de la défense, et plus spécialement le droit à un procès équitable consacré à l'article 6, § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme; il ne peut donc priver un tiers, non partie au procès pénal, ou qui n'a pu y faire valoir librement ses droits et intérêts, du droit d'apporter la preuve contraire des éléments allégués. Voy. Ch. HENNAU, G. SCHAMPS, « Responsabilité pénale et responsabilité civile: une parenté contestée », *Ann. Dr. Louvain*, 1995, pp. 146-147.

personne physique et la personne morale lorsqu'il dispose d'indices de culpabilité à l'encontre des deux.

52. Notons aussi que si la personne physique est seule poursuivie dans un cas où pourrait avoir lieu un cumul de responsabilités avec la personne morale, elle pourrait être seule condamnée lorsqu'elle a commis l'infraction sciemment et volontairement, fût-ce dans l'intérêt de la personne morale. La Cour de cassation a admis que la constatation de cette intention suffit pour condamner la personne physique sans que l'article 5 du Code pénal ne requière que la personne morale soit poursuivie en même temps¹²⁸.

Conclusions

53. En guise de conclusions, nous pouvons constater qu'en raison des nombreuses imprécisions, voire incohérences, dont il souffre, le texte de l'article 5, alinéa 2 du Code pénal ne peut satisfaire pleinement au principe de légalité et de prévisibilité de la loi pénale.

Le législateur belge a pris des risques en adoptant un tel régime de responsabilité pénale, dont celui d'une certaine objectivation du concept de culpabilité appliqué à une personne morale comme telle¹²⁹.

Nonobstant les maigres et équivoques repères fournis par les travaux préparatoires, les cours et tribunaux ont fait l'effort d'appliquer, depuis plus d'une décennie, cette disposition légale aux différentes situations qui leur ont été soumises. Face à la difficulté d'établir la preuve d'un élément moral propre à la personne morale, le juge du fond s'est laissé guider par les circonstances de fait propres à chaque cause pour rechercher *in concreto* la preuve de l'élément moral dans le chef de la personne morale. Il a toutefois pu être observé que dans le cas des infractions intentionnelles, l'intention coupable de la personne morale ne serait souvent que le reflet de celle des personnes physiques qui ont agi en son sein. Qu'en est-il alors d'une responsabilité pénale « autonome » des personnes morales, tellement souhaitée par le législateur?

54. Il ne nous est pas possible de dégager de cet examen de jurisprudence une interprétation unanime des règles régissant l'imputabilité morale de l'in-

¹²⁸ Cass., 25 octobre 2005, *Pas.*, 2005, I, n° 356.

¹²⁹ Ch. HENNAU, J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., pp. 293-294.

fraction à la personne morale. Ce constat nous amène à appeler, de tous nos vœux, une réforme législative tendant à plus de clarté. Nous renvoyons à cet égard aux propositions émises à ce sujet par Eric de Formanoir dans le texte de sa contribution.